

贺卫方：刘仁文《具体权利》序 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9_EF_c122_486011.htm

近年来，刘仁文教授在报章上频频发表文章，从法学的角度，对于一些案件乃至更广泛的社会现象作出分析和评论。虽然自己近年来已经不大读报了，但是通过网络，还是可以读到这位同行的一些很有新意和力度的作品，也从中间得到不少教益。平常人们总喜欢说我们的社会正处在转型期，所谓转型，其实最主要的便是从非法治社会向法治社会的转变。要建设一个法治社会，一项关键的工作便是国民法治和权利意识的唤醒，与此同时，还需要推进相关制度的合理化，以便使权利的诉求得到严格的法律保障。所有这些，都离不开像仁文教授这样的法律专家勤奋的研究和将法律知识向社会传播。仁文教授把他的这本文集取名《具体权利》，他此前就曾告诉我这个名字的来历跟我的那本名为《具体法治》的小书有关。这让我颇生“与有荣焉”的感觉。当然，我读这本书里的文章，的确有很多立论和论证的途径是我十分赞赏的。作者不是从一些意识形态化的宏大前提出发，而是针对一些具体的案件或法律问题，运用法学理论作出有说服力的分析。值得注意的，作者并没有把视野仅仅局限在一些典型案例上，他也对于那些影响案件判决的各种制度因素??诸如法律教育以及法律职业建构等??给与相当的关注，这是颇具见地的。也许读者会提出这样的问题，“具体法治”也好，“具体权利”也好，这种以“具体”字眼相标榜的法学研究“进路”

(approach，或许可以不避夸大地名之为“具体派”)究竟

意味着怎样的学理追求？它与我们这个时代其他的研究路向有怎样的区别？我们不妨在这里作些简要的讨论，当然，这只是我的一偏之见，在这里写出，姑且可以视为假作序之机会，与作者和读者之间的交流。所谓具体派的法学研究，一个最基本的假定是，一国的法律制度是一个体系，其中既有宏大的价值目标，也有妥贴地体现这些价值目标的原则，同时也有促成这些目标和原则得以实现的一系列具体制度。把法律视为一个系统，也就意味着我们必须注重其间局部与整体之间的关联，从而避免那种把法治或权利删繁就简，化作一些激动人心但也只是激动人心的大口号的建设思路。这样的觉悟部分地来自于我们对于中国制度与思想史的反思。考察儒家思想与古典制度之间的互动过程可以看到，我们也许从来不缺乏口号或宣言，但是如何将这样的目标与足以促成其实现的具体手段与微观制度结合起来，却是成果寥寥，乏善可陈。过去读胡颂平编辑的《胡适之先生晚年谈话录》，胡适的一段话给我留下很深印象：[胡适]先生又说：“前几天，高平子的孙儿来，他引张载的‘为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平’四句空洞的话。我问他：‘怎么叫为天地立心？你解说给我听。’我对他说：‘你的祖父是学天文的，你不应该再引这些不可解的话。’”（联经1984年版，页67）也许，问题并不在于这样气吞山河的口号可解或不可解，而在于仅仅是这样的口号终究无法达到那样的目标。司马谈批评儒家“博而寡要，劳而少功”，在我看来，之所以少功，就是因为所劳者总是停留在那些博大的号召上。要为生民立命，就需要认真地观察生民何以难以立命，需要深入到一些看来细枝末节的制度环节之中，例如

怎样维护百姓的土地权利，在土地可以交易的情况下，如何强势者利用弱势者的危难而巧取豪夺，同时又如何保障所谓“豪门”的私有财产不至于在道德主义的号召之下被肆意分割。当发生纠纷时，又如何公正地裁判，如何避免同案不同判，如何防范负裁判之责者的腐败，如何在谴责腐败的同时建立切实有效的制度使得腐败逐渐减少。不仅如此，当皇权成为妨害生民立命的最大力量时又如何解决？儒家除了作出一些道德规劝，某些置身家性命于度外的官员冒死上谏之外，竟然是难有作为。没有了具体制度的支撑和辅佐，则宣言与口号都不过是画饼充饥而已。把法律作为一个系统，还要求我们十分关注局部与整体之间可能的矛盾，并且通过学理的研究和有效的机制来消弭这样的矛盾。在讨论西方法律传统的特色时，伯尔曼曾经特别强调了法律成为连贯统一的整体这一追求的价值，在《法律与革命》一书中，他用了大量篇幅来论证早期的法学家们是如何运用辩证法，通过分析和综合的方式把法律整合为一个体系的。“11和12世纪西欧的法学家将希腊的辩证法推向了一个更高的抽象层次。他们试图将法律规则系统化为一个整体??不只是确定具体类别案件中的共同要素，而且还将这些规则综合为原则，又将原则综合为完整的制度，即法律的体系或法律大全。”（中译本，大百科全书版，页167）在翻译这部著作时，我留下最深刻印象之一的内容是，博洛尼亚伟大的教会法学家格拉蒂安是怎样运用这样的辩证法来协调教会法的各种不同渊源、不同规则之间的那些表面看来明显的冲突的。他的著作《冲突教规之协调》之所以能够成为法学史上的经典，正在于它奠定了西方法律传统的一个基础性特征。而现代法治的一个基本

准则便是不同的法律规范之间的和谐，没有这种和谐，结果就是受法律管辖的人们永远处在无所措手足的状态之中。如果说在近代早期是自然法成为整合不同规范的主导力量的话，那么，在现代整合法律规范的力量则是不同类型的违宪审查机制。当立法机构所制定的法律或者行政机构的行为涉嫌违宪时，违宪审查机构便通过宪法解释的权力对立法或行政行为作出审查，从而维护法律体系在局部与整体之间的和谐统一。不消说，今天的法治在这方面还没有迈开关键步伐，在违宪审查机制付诸阙如的情况下，怎样尽力减少法律体系内部的冲突乃是具体派法学的重要使命。具体派法学强调具体制度和局部改良，并不意味着忽略整体的价值导向，相反，具体制度的意义只有在一个合理的整体之中才能够彰显出来。在这个意义上，具体派学者格外重视大体制导向的合理性。可以说，如果大制度的价值导向不合理，具体制度越精致或许越有害。因此，我们需要“两条腿走路”，低头拉车不忘抬头看路，在推进具体制度建构的同时，还必须同时关注这样的制度与更广泛的体制之间的关联；当宏观制度走向出现问题的时候，必须把更大的心力用来扭转其方向。当然，扭转体制、批判流行意识形态都有可能触动一些敏感领域，从而引发体制本身的强烈反应，受到压制的改革者愈发相信大体制不变，则具体制度的变革以及技术性知识的累积完全是无济于事，甚至南辕北辙。这种局面有可能导致改革者转变为革命者，憧憬剧变，再次走向历史的循环。这是相当可悲的结局。问题出在哪里？记得罗素在评价潘恩（Thomas Paine）的贡献时曾经有大意是这样的说法：潘恩的杰出之处不仅在于他对于民主的追求，更在于他把对民主的

追求本身民主化了。今天，我们在这样一个具有数千年悠久专制传统的国度力建设法治和民主，也应当努力把对于法治的追求过程法治化。当我们阐述现代司法制度的种种价值时，需要深入到制度背后，发掘相关制度背后的知识、理念和内在而具体的逻辑。例如，为什么司法必须独立，并不只是因为它是权力分立学说的一个组成部分，而且也跟我们设置司法机构的基本目标息息相关。不独立的司法就无从以公正、确定而一以贯之的方式裁判纠纷与案件，这一方面会加大纠纷解决的成本，另一方面必然导致司法机构成为制造而不是解决冲突的地方，从而危及整个社会的和平。我相信，能够带来真正改变的正是这种温和理性而细致入微的力量。最后，对于具体派法学来说，立身之本还在于作为一门专业知识的法学。因此，我们要致力于法学知识传统在中国的建立和延续。尽管在知识形态上法学一直具有相当形而上的面向，不过，离开了那些基于生活世界的稀松平常的事实，那些高妙的学理将如同海市蜃楼一般虚无缥缈。我们平常读一些法学尤其是部门法的著述，决不像读某些法理学作品所感觉的那样或文采飞扬，或玄妙迷人，反而是枯燥琐碎，满纸的专业术语拒行外人以千里之外。试读民法大家王泽鉴先生关于“不完全给付与侵权责任”之间关系的论述：债务人因可归责于自己之事由为不完全给付，致债务人之人身或其财产权益遭受损害时，债权人得以债务不履行为由，就所生之损害，请求损害赔偿。不完全给付之行为，同时具备侵权行为要件时，被害人尚有侵权行为损害赔偿请求权，例如出卖人因其过失，以患有传染病之鸡交付于买受人，致买受人原有之牲畜亦罹于疾病死亡；或赠与汽车一部，赠与人因故意或

重大过失未告知刹车机件失灵，致受赠人因车祸受损害者，均同时构成不完全给付责任（债务不履行责任）及侵权责任。（王泽鉴：“不完全给付之基本理论”，《民法学说与判例研究》，第三册，中国政法大学出版社1997年版，页96）虽然作者举出日常生活中的事例加以解说，文字也简洁清晰，对于那些谙熟自罗马法以降尤其是德国、瑞士民法学说具体演进脉络的学者来说，这段话足以生发丰富的学理联想，然而，对于一个法律圈外甚至民法圈外的读者来说，其中的奥妙和精义实在是不易索解。但是，正是这种严谨细密的专业知识才构成了法律职业的基础，也可以说，构成了一国法治大厦得以建造的质朴而坚固的梁柱砖石。读仁文教授本书中的不少篇章，他所追求的目标以及所采取的论证策略和言说风格都是颇合微衷的。自己以有这位具体派同道而极感欣庆，也就没有推辞写序的邀请，尽管由于拉杂地写了不少自己对于一种正在形成的新法学风格和理路的初步思考而有些不安。姑妄言之，算是共勉罢。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com